

## Caso ARKINKA

---

DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS VISUALES  
(APSAV)  
DENUNCIADO : ARKINKA S.A.

Infracción a los derechos de autor – Reprodutor no autorizado de obras de artes plásticas – Limitación al derecho de autor

Lima, diecinueve de agosto del dos mil cuatro

### I. ANTECEDENTES

Con fecha 30 de abril del 2001, Asociación de Artistas Visuales - APSAV (Perú) interpuso denuncia contra Arkinka S.A. por infringir la Ley sobre Derecho de Autor, ya que desde el año 1997 viene reproduciendo en la revista ARKINKA las obras que administra su institución, sin contar con la debida autorización. Manifestó que en enero y febrero de 1997, así como en junio del 2000, envió cartas a la denunciada informándole sobre la ilicitud de su conducta, las cuales fueron acompañadas con las liquidaciones por concepto de derechos de autor devengados y con la identificación de los autores cuyas obras se han venido utilizando; sin embargo, la denunciada ha continuado con su actividad ilícita. Solicitó el pago de US\$ 32 080,00 por concepto de remuneraciones deven-

gadas y US\$ 5 774,50 por Impuesto General a las Ventas. Asimismo, solicitó el cese definitivo de la actividad ilícita, el pago de las costas y costos del proceso, así como la publicación de la resolución condenatoria. Adjuntó diversos documentos como medio probatorio de sus afirmaciones.

Mediante proveído de fecha 8 de mayo del 2001, la Oficina de Derechos de Autor admitió a trámite la denuncia contra Arkinka S.A. y citó a las partes a audiencia de conciliación. Asimismo, dictó la medida cautelar de cese inmediato de la actividad ilícita, debiendo la denunciada abstenerse de seguir reproduciendo, distribuyendo o comunicando al público las obras materia de la denuncia sin la autorización previa y por escrito del denunciante.

Con fecha 18 de mayo del 2001, Arkinka S.A. (Perú) absolvió el traslado de la denuncia manifestando lo siguiente:

- ARKINKA es una revista dedicada a temas de arquitectura, diseño y construcción; sin embargo, en algunas de sus ediciones, y a fin de promover la cultura de país, se han reproducido artículos periodísticos y/o informativos sobre diversos pintores, dando a conocer detalles sobre su vida y sus obras, incluyendo, en algunos casos, fotografías de las mismas con el único propósito de ilustrar al lector.

- Si bien es cierto que el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento y de obtener por ello beneficios, los derechos de autor no son absolutos, de ahí que la ley contemple límites a ese derecho.

- Las reproducciones efectuadas en su revista están comprendidas dentro de tales límites, puesto que los artículos publicados en su revista pretenden analizar y criticar las obras de diversos autores y escultores. Así, en los artículos se desarrolla la trayectoria y evolución del artista, se informa sobre las corrientes que influyeron en su obra, se describen e interpretan sus pinturas y/o esculturas, se las compara con las obras de otros autores y se explica el estilo particular empleado. Lo anterior justifica las reproducciones de las obras, ya que las mismas son necesarias para poder apreciar y entender la crítica que se presenta en el texto.

- Su revista ha cumplido con señalar la fuente de la obra citada, ya que se ha indicado el nombre y lugar en el cual se encuentra la pintura o escultura que ha sido reproducida.

- Los artículos de la revista son elaborados con ocasión de importantes exposiciones desarrolladas en el mundo, debiendo precisar que las reproducciones que aparecen en la revista corresponden a pinturas o esculturas que se encuentran situadas en forma permanente en un lugar abierto al público, como son los museos.

- La liquidación de regalías presentada por la denunciante, no tiene en cuenta que el tiraje de su revista es de 3 000 ejemplares por edición.

Con fecha 21 de mayo y 6 de junio del 2001, se realizó la audiencia de conciliación, sin embargo las partes no arribaron a un acuerdo conciliatorio.

Con fecha 26 de junio del 2001, Asociación de Artistas Visuales - APSAV señaló lo siguiente:

- La denunciada ampara su conducta en el derecho de cita, sin embargo, las reproducciones no se realizaron con la finalidad de apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor, sino más bien la de dar a conocer las obras de los autores y lograr el disfrute estético por parte del lector.

- La denunciada no ha acreditado el fin docente o de investigación que perseguía la cita, lo que constituye un requisito para que ésta sea lícita de acuerdo a la ley.

- La conducta de la denunciada constituye un acto de competencia desleal a los derechos de los autores, que afecta la explotación normal de sus obras y les causa un perjuicio a sus legítimos intereses, por lo que no se trata de actos comprendidos dentro de los alcances de los usos honrados.

- Con relación a la excepción por fines informativos, ARKINKA es una revista dedicada a arquitectura, diseño y construcción, por lo que su tarea no es cubrir acontecimientos de actualidad, en esa medida no se habría cumplido con el requisito principal para que se configure la excepción invocada por la denunciada.

- Respecto a las obras expuestas permanentemente en lugares abiertos al público, las reproducciones efectuadas por la denunciada corresponden a obras situadas en forma temporal en lugares abiertos al público, tal como se puede apreciar de la afirmación proporcionada por la denunciada.

Mediante Resolución N° 243-2001/ODA-INDECOPI de fecha 25 de octubre del 2001, la Oficina de Derechos de Autor declaró fundada en parte la denuncia contra Arkinka S.A. sobre la base de las siguientes consideraciones:

- Para que sea aplicable la limitación al derecho de autor por fines informativos, la reproducción debe tener finalidad informativa sobre acontecimientos de actualidad o ser una reproducción incidental de las obras en el curso de tales acontecimientos, lo cual no ocurre en el presente caso.

- A fin de verificar la aplicación del derecho de cita, se debe tener cuenta: a) la conexión del texto del artículo con las obras reproducidas, b) si la reproducción apela al sentido estético o de ilustración, y c) que la reproducción no atente contra los usos honrados. Asimismo, precisó que no es necesario que la cita se realice con fines de docencia. Atendiendo a lo señalado, concluyó que varias de las reproducciones efectuadas se hicieron en ejercicio del derecho de cita.

- Sobre la libre reproducción de obras que se encuentran permanentemente en un lugar público o abierto al público, para aplicar este límite se exige que las obras se encuentren en un lugar abierto al público y que estén permanentemente en dicho lugar, por lo que no está permitido reproducir obras cuya exposición en lugares públicos sea esporádica. En el caso concreto, determinó que si bien algunas de las obras reproducidas pertenecen a colecciones permanentes de algunos museos, al momento que fueron reproducidas no se encontraban en dichos museos, por lo tanto la limitación contemplada en la ley no es de aplicación al caso de autos, salvo el caso de la obra asignada con el número 392-A.

- Con relación a las remuneraciones devengadas, éstas sólo comprenden lo que hubiese recibido el titular en caso de haber autorizado la explotación de la obra, por lo

que el IGV no puede ser tomado en cuenta, ya que ese monto no es percibido por el titular sino por el Estado. A fin de fijar el monto de las remuneraciones devengadas tuvo en cuenta el Tarifario de APSAV.

- La sanción debe fijarse teniendo como base el provecho ilícito obtenido (lo que se dejó de pagar por la explotación de las obras), sin embargo debido al fin disuasivo que debe cumplir la sanción, ésta debe ir acompañada en una primera etapa de la difusión y advertencia necesaria para evitar futuros actos infractores, por lo que consideró pertinente amonestar a la denunciada y ordenar que publique en su revista la resolución.

- Con relación a los costos y costas, indicó que, en atención a la conducta procesal de la denunciada en el procedimiento, no debía sancionarse con el pago de las costas y costos de proceso.

Por lo tanto, la Oficina de Derechos de Autor determinó:

- Amonestar a Arkinka S.A. y disponer la publicación de la resolución en la revista de la empresa denunciada.

- Fijar por concepto de derechos de autor devengados la suma de US\$ 16 883,44.

- Establecer como definitiva la medida cautelar de cese de la actividad ilícita.

- Prohibir a la denunciada la reproducción, distribución, comunicación de las obras artísticas cuyos derechos administra la Asociación de Artistas Visuales-APSAV sin la autorización previa y por escrito del titular de los derechos, salvo en los casos previstos como límites en la legislación.

- Denegar el pago de costas y costos del proceso.

- Ordenar la inscripción de la presente resolución en el registro de infractores.

Con fecha de 26 noviembre del 2001, Asociación de Artistas Visuales - APSAV interpuesto recurso de apelación respecto al criterio adoptado por la Oficina de Derechos de Autor para determinar que el uso de algunas de las obras está dentro de los alcances del derecho de cita. Sostuvo que debe tenerse en cuenta cuál es la finalidad y el efecto perseguido a través de la cita, así el destinatario de las reproducciones debe tener como interés principal el texto y no las ilustraciones que deben de ser accesorias. Reiteró que las reproducciones realizadas por la denunciada no se realizaron con la finalidad de apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quien escribe o para referirse a las opiniones de otro autor, sino más bien con la finalidad de disfrute estético por parte del lector. Además, sostuvo que tampoco se ha acreditado el fin docente o de investigación que la ley exige para que la cita sea lícita.

Con fecha 26 de noviembre del 2001, Arkinka S.A. interpuso recurso de apelación manifestando que las reproducciones efectuadas por su obra se amparan en las limitaciones al derecho de autor. Así, señaló lo siguiente:

- El derecho de cita tiene su fundamento en la necesidad que tiene una comunidad de acceder a la cultura y a la información, en ese sentido las reproducciones efectuadas por su empresa cumplen con las exigencias legales.

- Las reproducciones efectuadas en la revista ARKINKA no afectan los usos honrados, sino que por el contrario benefician al autor, ya que se está contribuyendo a la difusión de sus obras, lo cual incrementa su valor y le da mayor reconocimiento al artista.

- A través de su revista se ha promovido y difundido acontecimientos culturales de actualidad y que son de interés público. Preciso que las reproducciones se realizaron para informar sobre acontecimientos de actualidad ocurridos en diversos museos y salas de exposición, y no con la finalidad de reproducir como elemento primordial las obras en sí. Agregó que la legislación no exige que en estos casos la aparición de la obra sea de manera incidental.

- No es necesario que las obras deban estar expuestas públicamente en el mismo lugar para que se aplique la limitación establecida en la ley, ya que sólo es necesario que la reproducción se realice en el lugar donde está siendo expuesta la obra, el cual debe ser público o abierto al público. Agregó que el carácter de permanencia está dado en función al carácter público de los lugares en que la obra se encuentra expuesta. Indicó que si bien las obras no fueron reproducidas cuando se encontraban en su residencia permanente (museo), ello no le quita el carácter de «permanentemente expuesta en lugar público» a las obras.

- Se ha incurrido en error al realizar la liquidación de las remuneraciones devengadas, ya que se han considerado dos reproducciones (obras N° 29 y N° 38 de Constantino Brancusi) a color cuando las reproducciones se efectuaron en blanco y negro.

Con fecha 11 de diciembre del 2001, Arkinka S.A. absolvió el traslado de la apelación interpuesta por la Asociación de Artistas Visuales – APSAV, manifestando que la legislación no restringe el uso de las citas únicamente a fines de docencia, como lo señala la denunciante. Indicó que el Convenio de Berna no utiliza la frase «fines de docencia», sino « a título de ilustración de la enseñanza», en ese sentido, la obra reproducida debe permitir al lector hacerse una idea de aquello que se narra en el texto, se expresa en un medio visual o se escucha en la radio. Señaló que la denunciante pretende limitar el derecho de cita exclusivamente al ambiente académico escolar o universitario.

No obstante haber sido notificada conforme a ley, Asociación de Artistas Visuales - APSAV no cumplió con absolver la apelación formulada por Arkinka S.A.

Con fecha 7 de enero del 2002, Arkinka S.A. solicitó a la Sala de Propiedad Intelectual se le conceda el uso de la palabra a fin de rendir su informe oral.

Mediante proveído de fecha 16 de enero del 2002, la Sala de Propiedad Intelectual, concedió el uso de la palabra. El informe oral se realizó el 20 de mayo del 2002 con la asistencia de ambas partes.

Con fecha 29 de mayo del 2002, Arkinka S.A. solicitó la suspensión del procedimiento, puesto que ha acordado con la denunciante reiniciar las conversaciones a fin de arribar a una transacción que solucione la controversia surgida con motivo de la supuesta infracción a los Derechos de Autor.

Con fecha 29 de mayo del 2002, Asociación Peruana de Artistas Visuales - APSAV solicitó la suspensión del presente procedimiento, a fin de llevar a cabo las conversacio-

nes pertinentes con la denunciada y así arribar a un acuerdo conciliatorio, y de esta manera poner fin al procedimiento.

Mediante Resolución N° 544-2002/TPI-INDECOPI de fecha 10 de junio del 2002, la Sala de Propiedad Intelectual accedió a lo solicitado por las partes y suspendió la tramitación del expediente N° 465-2001/ODA.

Con fecha 10 de abril del 2003, Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV solicitó que se amplíe el plazo por el cual se suspendió el trámite del presente procedimiento a fin de continuar con las conversaciones con la parte denunciada.

Con fecha 9 de mayo del 2003, Arkinka S.A. manifestó que aceptaba la solicitud presentada por la denunciante a fin de continuar con las conversaciones y así arribar a un acuerdo conciliatorio.

Mediante resolución de fecha 14 de mayo del 2003, la Sala de Propiedad Intelectual decidió aceptar la ampliación de la suspensión del trámite del presente procedimiento.

Con fecha 5 de febrero del 2004, Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV cuestionó la relación de obras que a criterio de la Oficina de Derechos de Autor estaban amparadas por las limitaciones al derecho. Asimismo, presentó un informe de la CISAC sobre las limitaciones al derecho de autor. Respecto a las obras de Gerardo Chávez, señaló que si bien ya no es su asociado, al momento de interponerse la denuncia sí lo era.

Con fecha 2 de abril del 2002, Asociación Peruana de Artistas Visuales – APSAV informó que la denunciada ha incumplido la medida cautelar de cese de la actividad ilícita dictada por la primera instancia, ya que continúa publicando reproducciones de obras visuales sin la debida autorización. Solicitó que las nuevas obras reproducidas se incluyan en el cálculo de las remuneraciones devengadas.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

La Sala deberá determinar:

- a) Si se ha demostrado que Arkinka S.A. ha infringido la Ley de Derechos de Autor.
- b) De ser el caso, fijar las remuneraciones devengadas así como las sanciones a imponerse a la denunciada.
- c) De ser el caso, si corresponde la imposición de costos y costas a la denunciada.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### 1. Informe de antecedentes

La Sala ha verificado que Asociación de Artistas Visuales – APSAV tiene registrados en la Oficina de Derechos de Autor sus estatutos, así como los contratos de representación recíproca celebrados con:

- VISUAL ARTIST AND GALLERIES ASSOCIATION, INC. VAGA (USA), inscrita en la partida registral N° 0013-2001.

- SOCIÉTÉ DES AUTEURS DANS LES ARTS GRAPHIQUES ET PLASTIQUES – ADGAP (FRANCIA), inscrita en la partida registral N° 0056-2000.
- VISUAL ENTIDAD DE GESTIÓN DE ARTISTAS PLÁSTICOS – VEGAP (ESPAÑA), inscrita en la partida registral N° 0055-2000.
- SOCIEDAD, BELGA DE AUTORES, COMPOSITORES Y EDITORES – SABAM (BELGICA), inscrita en la partida registral N° 12-2001.

## 2. Alcances del derecho de autor

El autor tiene, por el solo hecho de la creación, un derecho exclusivo y oponible a todos, que comprende facultades de orden moral y patrimonial.

### 2.1. En relación a los derechos morales

Las facultades de carácter personal concernientes a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra destinadas a garantizar intereses intelectuales están contenidas en el artículo 11 de la Decisión 351 concordado con el artículo 22 del Decreto Legislativo 822 y comprenden, entre otros, los siguientes derechos:

#### a) Del derecho de divulgación

El artículo 23° del Decreto Legislativo 822 señala: «*Por el derecho de divulgación, corresponde al autor la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. En el caso de mantenerse inédita, el autor podrá disponer, por testamento o por otra manifestación escrita de su voluntad, que la obra no sea publicada mientras esté en dominio privado, sin perjuicio de lo establecido en el código civil en lo referente a la divulgación de la correspondencia epistolar y las memorias. El derecho de autor a disponer que su obra se mantenga en forma anónima o seudónima, no podrá extenderse cuando ésta haya caído en el dominio público.*»

El autor es la única persona que tiene el derecho a divulgar su obra, sólo a él le corresponde determinar cuándo considera que su obra es lo suficientemente satisfactoria como para comunicarla y someterla al juicio del público.<sup>1</sup>

Atendiendo a lo expuesto, se advierte que el ejercicio de este derecho implica necesariamente que la obra aún no haya puesta a disposición del público, es decir que sea inédita.

De acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 822, el ejercicio del derecho de divulgación implica más que el sólo decidir si la obra es puesta a disposición del público. Al respecto, Colombet<sup>2</sup> señala que este derecho otorga al autor también la facultad de elegir los medios para divulgarla su obra y el público a quien debe ser dirigida. Así, puede optar, en lugar de una divulgación total por todos los medios posibles de difusión, por una divulgación limitada, reservada a un público restringido y sólo a través de ciertos modos

1. Colombet, Claude. *Grandes Principios del derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo*, Ediciones Unesco/Cindoc, Tercera Edición, Madrid 1992, p. 47.

2. Colombet (nota 1), p. 48

de expresión. Por ejemplo: un conferenciante puede decidir que la divulgación de su obra sea sólo mediante la forma oral y para el público al cual está dirigida la conferencia, en ese sentido, una comunicación por medios escritos y dirigida a todo el público lastimaría su derecho moral.

b) Del derecho de paternidad

El artículo 24° del Decreto Legislativo 822 en concordancia con el literal b) del artículo 11 de La Decisión Andina 351, señala que por el derecho de paternidad *«el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes y de resolverse si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o en forma anónima»*. Por ello, el autor, como titular originario de la obra, tiene el derecho de decidir sobre la forma de divulgación de su obra, respecto de su calidad de autor.

En consecuencia el derecho de paternidad es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra, es decir, el derecho a que se mencione su nombre. La mención del autor debe hacerse en la forma como él ha elegido. Ello incluye el seudónimo y el anónimo<sup>3</sup>.

c) Del derecho de integridad

El artículo 25° del Decreto Legislativo 822 respecto al derecho de integridad señala que *«el autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material que contiene la obra, la facultad de oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o alteración de la misma»*.

El fundamento de este derecho se encuentra en el respecto debido a la personalidad del autor que se manifiesta en la obra y a ésta en sí misma. El autor tiene el derecho a que su pensamiento no sea modificado o desnaturalizado, y la comunidad tiene derecho a que los productos de la actividad intelectual creativa le lleguen en su auténtica expresión.<sup>4</sup>

Antequera Parrilli<sup>5</sup> señala que en el atentado al derecho de integridad no es necesario que la deformación, modificación, mutilación o alteración de la obra afecte el decoro de la obra o reputación del autor; basta solamente que se dé el acto de modificación, deformación o mutilación.

Es así que, el autor puede oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra en tanto puedan atentar contra el decoro de la obra o la reputación del autor

## 2.2 En relación a los derechos patrimoniales

El autor tiene la facultad de explotar la obra en cualquier forma o bajo cualquier procedimiento, así como de obtener de ello beneficio. Las modalidades de explotación

3. Villalba, Carlos. El derecho moral, en: Curso de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para jueces y fiscales de Perú, Doc. OMPI/DA/JU/LIM/94/4 del 13.6.1994, p. 22.

4. Lipszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO, Buenos Aires 1993, p. 168

5. Lipszyc, Delia (nota 4), p. 116

se encuentran indicadas en el artículo 13 de la Decisión 351 concordado con el artículo 31 del Decreto Legislativo 822 de manera ejemplificativa. Entre ellas son de destacar las referidas al derecho de reproducción y distribución.

a) Derecho de reproducción

Conforme al artículo 13 inciso a) de la Decisión 351 concordado con el artículo 31 inciso a) del Decreto Legislativo 822 el autor tiene el derecho exclusivo de realizar o autorizar la reproducción de su obra por cualquier forma o procedimiento.

Tradicionalmente se ha entendido que el derecho de reproducción comprende la fijación material de una obra, de tal forma que se puedan obtener una o varias copias de la obra, de manera total o parcial.<sup>6</sup> Sin embargo, la evolución tecnológica ha ido configurando y afectando al concepto mismo de reproducción, de tal forma que hoy se incluyen dentro del concepto de reproducción las copias digitales de una obra en la memoria de un ordenador o las copias que se reproducen en la internet, lo cual ha debilitado la exigencia de corporeidad.<sup>7</sup>

En consecuencia, es ilícita toda reproducción total o parcial de la obra por cualquier medio o procedimiento sin la autorización expresa del autor.

b) Derecho de distribución

El artículo 13 inciso c) de la Decisión 351 concordado con el artículo 31 inciso c) del Decreto Legislativo 822 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la distribución al público de su obra mediante la venta, el arrendamiento o el alquiler.

El artículo 34° del Decreto Legislativo 822, establece que la distribución «comprende la puesta a disposición del público por cualquier medio o procedimiento, del original o copias de la obra, por medio de la venta, canje, permuta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler, préstamo al público o cualquier otra modalidad de explotación (...) Cuando la comercialización autorizada de los ejemplares se realice mediante venta u otra forma de transmisión de la propiedad, el titular de los derechos patrimoniales, no podrá oponerse a la reventa de los mismos en el país para el cual han sido autorizadas (...)».

La distribución implica necesariamente la incorporación de la obra o prestación a un soporte físico que permita su comercialización pública. El carácter físico del soporte exige la posibilidad de aprehensión del mismo por parte del público, en ese sentido todos aquellos modos de explotación que no permitan la incorporación física de la obra o prestación no pueden ser considerados como distribución.<sup>8</sup>

6. Lipszyc, Delia (nota 4), p.179

7. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador). Manual de Propiedad Intelectual, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, p. 82

8. Bercovitz Rodríguez-Cano (nota 7), p. 83.

### 3. Infracción del derecho de autor

En el presente caso, la Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) a fin de sustentar su denuncia ha adjuntado una diversidad de ejemplares de la revista Arkinka en las que se aprecian reproducciones (fotografías) de obras de artes plásticas, también conocidas como obras visuales, principalmente pinturas.

En la lista enunciativa de obras protegidas por el derecho de autor, contenida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 822, se encuentran incluidas las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 822, el autor de una obra tiene por el sólo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho exclusivo y oponible a terceros, que comprende, a su vez, los derechos de orden moral y patrimonial determinados en la presente ley.

Se considera una infracción a Ley de Derechos de Autor cualquier vulneración o afectación a los derechos morales o patrimoniales que tiene el autor sobre su obra.

El artículo 37 del Decreto Legislativo 822 establece que siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

### 4. Limitaciones al derecho de autor

La protección al derecho de autor a dado lugar a cuestionamientos debido al conflicto que puede tener con el ejercicio de otros derechos fundamentales. Así, hay quienes señalan que el derecho de autor atenta contra el derecho a la cultura, a la educación y la libertad de expresión u opinión.

La Sala conviene en señalar que así como la Constitución Política del Perú reconoce como un derecho fundamental de toda persona la libertad de creación intelectual, artísticas, técnicas y científicas, también considera con un derecho humano la libertad de información y acceso a la cultura.

La protección al derecho de autor no restringe ni prohíbe el ejercicio de la libertad de expresión. Todos pueden expresar libremente lo que piensan u opinan sobre cualquier tema, salvo que este prohibido por atentar contra el orden público (por ejemplo: apología al terrorismo). La forma de expresión que se emplee para transmitir el pensamiento, si tiene rasgos de originalidad, constituirá una obra objeto de protección por el derecho de autor. El conflicto surge cuando para expresar una opinión se utilizan las obras de terceros, puesto que, por un lado, está la libertad de expresión y, de otro lado, el derecho del titular del derecho de autor de autorizar la explotación de su obra y obtener una remuneración por su explotación.

El que el autor o titular de una obra pretenda obtener una retribución por la explotación de su obra no puede ser considerado una vulneración al derecho a la cultura o a la educación, puesto que la protección del derecho de autor no prohíbe la libre explotación

y difusión de las ideas contenidas en las obras, además debe tenerse en cuenta que las regalías por el derecho de autor constituyen un porcentaje muy bajo del precio de venta al público de las obras.<sup>9</sup>

Teniendo en consideración lo expuesto, se ha buscado un punto de equilibrio entre las normas del derecho autor y el interés público a la información y acceso a la cultura, de tal forma que el ejercicio de uno no implique una afectación considerable al legítimo ejercicio del otro.

Uno de los mecanismos que se ha ideado para lograr este objetivo son los llamados límites al derecho de explotación del autor.

Los límites al derecho de autor constituyen casos específicos en los que, por mandato legal, el usuario no necesita contar con la autorización previa del titular del derecho de autor ni pagar una remuneración al mismo para explotar la obra.

Debe tenerse en consideración que tales limitaciones son de interpretación restrictiva, además la utilización de la obra debe darse conforme a los usos honrados, es decir, que el uso de la obra por parte del usuario no debe interferir con la explotación normal de la obra ni causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del derecho de autor o del titular del derecho respectivo.

Entre las limitaciones que contemplan la legislación de Derechos de Autor, la Sala considera conveniente, en atención a la materia del procedimiento, desarrollar las siguientes:

#### **4.1 Reproducción de obras con fines informativos**

Es lícito realizar, sin necesidad de la autorización del autor ni el pago de remuneración, la reproducción con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada para el fin de la información (artículo 22 literal f) de la Decisión de la Comunidad Andina concordado con el artículo 45 literal a) del Decreto Legislativo 822).

Una disposición de similar contenido se encuentra contemplada en el segundo párrafo del artículo 10 bis del Convenio de Berna para la Protección de Obras literarias y Artistas.

De la lectura de la norma se advierte que son dos los requisitos que la ley exige para que sea de aplicación la limitación materia de análisis:

---

9. Bajo el mismo criterio, se podría llegar a la conclusión que los profesores no deberían recibir un sueldo por su labor, porque con ello se encarece la educación en el Perú, no podrían existir los colegios y universidades particulares. Asimismo, los textos escolares, las enciclopedias, los libros de arte, de historia, etc. debieran ser gratuitos.

Incluso con un argumento de este tipo se podría cuestionar que los médicos cobren un sueldo, puesto que su labor está íntimamente ligada al derecho a la salud y a la vida.

a) Debe tratarse de la reproducción de una obra con ocasión de informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, siempre y cuando las obras sean vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos.

Al respecto, la Guía del Convenio de Berna<sup>10</sup> señala que lo que se pretende es satisfacer la necesidad de información sobre hechos de actualidad, dentro de límites razonables. Al dar cuenta de acontecimientos de actualidad, ocurre con frecuencia que se hacen visibles, en el transcurso de uno de esos acontecimientos, obras artísticas con carácter accesorio en relación al objeto del reportaje, es decir, apareciendo de manea incidental. Por ejemplo en un desfile militar, una manifestación deportiva o el recibimiento de un Jefe de Estado se interpreta música militar o se entonan cánticos. La transmisión radial o televisiva del acontecimiento no puede evitar la utilización de tales obras, ni siquiera cuando solamente se transmiten algunos episodios de la ceremonia en cuestión.

Debe tenerse en consideración que las obras reproducidas deben formar parte del evento o acontecimiento del cual se informa, por lo que no es posible reproducir, sin autorización, obras que no formaron parte del mismo, aunque estén vinculadas con el evento.

Se trata de la utilización de obras con fines informativos, que deben haber sido vistas u oídas en el curso del acontecimiento, lo que determina que la reproducción se ha producido por la presencia de una obra artística durante la capacitación de la información, siendo inevitable su participación en el curso de los acontecimientos informados.<sup>11</sup>

b) La reproducción debe darse en la medida justificada para el fin de la información.

Con relación a este punto la Guía del Convenio señala que esta noción deja cierto margen a la interpretación. En principio, la finalidad esencial de la reseña de un acontecimiento de actualidad consiste en reconstruir el ambiente, dando al público la impresión de haberlo vivido o saber lo que sucedió. Por consiguiente, para lograr la finalidad informativa, no hace falta reproducir la totalidad de las obras musicales interpretadas durante una ceremonia, como tampoco es necesario enfocar largo rato cada lienzo presentado en una exposición.

De lo anterior, se concluye que la información presentada al público tiene por finalidad presentar un tema de interés general o un hecho de actualidad, que ha ocurrido o que está ocurriendo, por lo que la reproducción de una obra sólo cumple un fin accesorio dentro del contexto de la información.

En el caso de la inauguración de una exposición de artes es válido reproducir – ya sea a través de un video o una fotografía – algunas de las obras que forman parte de la

---

10. Guía del Convenio de Berna, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra 1978, pp. 72-73

11. Schuster, Los derechos reconocidos a los autores en los Tratados. Documentos OMPI/DA/ANG/99/12, p. 10.

exposición a fin de dar a conocer a grandes rasgos el contenido de la misma. Sin embargo, la reproducción debe presentarse como parte del evento y no de manera aislada al mismo, de manera que el público siga percibiendo que el objeto principal de la información es el evento.

c) La aparición de la obra dentro de la reproducción debe ser incidental.

Acerca de este requisito, debe indicarse que si bien el mismo es recogido por un sector de la doctrina en materia de derechos de autor, es necesario precisar que ni la legislación andina ni nacional exigen tal requisito, razón por la cual, a criterio de esta Sala, no es posible exigir a los usuarios el cumplimiento de exigencias que no tiene un sustento legal.<sup>12</sup>

Por las consideraciones expuestas, y a título ejemplificativo, cabe indicar que:

- La reproducción utilizada para informar sobre hechos futuros debe contar con la autorización previa y por escrita de titular de los derechos o de la sociedad de gestión colectiva que los representa, puesto que la ley exige que la obra sea parte del acontecimiento del cual se informa, es decir, debe tratarse de un hecho que ya ocurrió.

- Las reproducciones empleadas para informar sobre una muestra de arte que se está llevando a cabo están dentro de los alcances de la limitación. Sin embargo, dado que la ley exige que las reproducciones se hagan con respeto a los usos honrados, lo que no se permite es la reproducción excesiva de las obras, en cuyo caso se deberá pagar por las reproducciones en exceso. La cantidad de reproducciones permitidas deberá ser analizada caso por caso.

- En aquellos casos en los que las reproducciones formen parte de entrevistas realizadas a los autores de las obras reproducidas no será necesaria la autorización previa y por escrita. No obstante ello, al igual que en el supuesto anterior no se permite la reproducción excesiva.

- No se considera dentro de los alcances de la limitación, ilustrar artículos referidos a determinados eventos con obras cuya reproducción no es indispensable ni colabora a un mejor entendimiento del texto. Por ejemplo: ilustrar un artículo sobre la Independencia del Perú, con un retrato de José de San Martín que aún esté en dominio privado.

---

12. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. (se ha resaltado).

## 4.2 Reproducción de obras expuestas permanentemente al público

Es lícita la reproducción de una obra de arte expuesta permanentemente en lugares abiertos al público así como calles, plazas u otros lugares públicos, o de la fachada exterior de los edificios, realizar por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original (artículo 22 literal h) de la Decisión de la Comunidad Andina concordado con el artículo 45 literal c) del Decreto Legislativo 822).

Respecto a esta limitación, si bien la Decisión 351 señala que las obras deben estar expuestas en *un lugar abierto al público*, en tanto que el Decreto Legislativo 822 dispone que se encuentren en *calles, plazas u otros lugares públicos*, ello no significa que sean normas contradictorias sino que más bien son normas de aplicación complementaria. En ese sentido, es lícita la reproducción de obras situadas en lugares abiertos al público así como en calles, plazas u otros lugares públicos.

En estos caso, la ley exige que la obra de arte que se pretende reproducir se encuentre expuesta al público de manera permanente, no pudiendo reproducirse, sin autorización del autor, aquellas obras que sean exhibidas en forma ocasional o esporádica.

El término «permanentemente» al que hace alusión la ley impide la posibilidad de utilizar libremente las obras cuya colocación en vías públicas tenga lugar de forma ocasional o esporádica<sup>13</sup>. Dicho término está vinculado directamente al emplazamiento donde se ubica la obra.<sup>14</sup>

Dentro de esta excepción están comprendidas las obras de arte permanentemente expuestas al público pero no necesariamente en el mismo lugar, por ejemplo: la exposición en gira permanente de obras de arte en distintos museos del mundo.

Adicionalmente, se exige que la obra debe estar exhibiéndose en un lugar público (calles, plazas, etc.) o abierto al público (museos, galería, etc.), por lo que las colecciones privadas no estarían comprendidas dentro de los alcances de la limitación.

Debe tenerse en cuenta que la finalidad de esa limitación es garantizar el libre acceso a la cultura de los ciudadanos permitiendo que se beneficie de la difusión de las obras que se exhiben en los lugares públicos, de tal forma que el público conozca las obras que se exhiben en un determinado lugar. Es por ello que la ley exige que se indique el lugar donde se encuentra la obra, lo cual sería difícil de cumplir si ésta no estuviese en un solo lugar.

Además, se exige que la reproducción sea realizada por medio de un arte diverso al empleado para la elaboración del original. Así, por ejemplo, si se trata de una pintura es permitida la reproducción a través de la fotografía.

Asimismo, debe precisarse que la reproducción no necesariamente debe darse en el lugar donde la obra está expuesta permanentemente. Así, por ejemplo, a opinión de la Sala

13. Carmen Pérez de Ontiveros. En Manual de Propiedad Intelectual, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), Tecnos, Madrid 1997, Segunda Edición, p. 635.

14. Manual de Propiedad Intelectual. Coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (nota 7), p. 105.

estaría comprendida dentro de esta limitación la reproducción fotográfica de una pintura, que normalmente se encuentra ubicada en un museo público, cuando se encuentre en un ambiente distinto al que usualmente ocupa (por ejemplo: en un taller para darle mantenimiento).

Acerca de esto último, debe indicarse que el elemento más importante a efectos de que se configure el supuesto de limitación es que la obra reproducida sea permanentemente expuesta al público, independientemente del lugar donde se realizó la reproducción.

Finalmente, la ley señala que debe indicarse el nombre del autor si se conociere, el título de la obra si lo tuviere y el lugar donde se encuentra. Ello debido a que el derecho moral de los autores no desaparece. Asimismo, las reproducciones deben respetar el derecho moral de integridad.

### 4.3 Derecho de cita

Es permitido realizar, sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente, y a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga (artículo 22 literal a) de la Decisión 351 concordado con el artículo 44 del Decreto Legislativo 822). Este límite al derecho de autor también se encuentra recogido en el Convenio de Berna para la Protección de Obras literarias y Artísticas (artículo 10).

De acuerdo con la Guía del Convenio de Berna, citar es repetir textualmente lo que alguien ha dicho o escrito. Ahora también, en materia de derechos de autor, la cita consiste en reproducir extractos de una obra con la finalidad de ilustrar una opinión, defender una tesis o para hacer una reseña o crítica de la obra. El empleo de una cita no se limita a la esfera puramente literaria; una cita puede hacerse, indistintamente, en un libro, en un diario, en una revista, etc.

Dada su condición de limitación al derecho de explotación así como a su finalidad, la Sala conviene en precisar que a través de la cita sólo se permite la reproducción de extractos de la obra. La extensión de la cita no debe ser mayor a la estrictamente necesaria, para lo cual se deberá tener en consideración la finalidad concreta que persiga la cita.

Si bien el concepto de cita está muy vinculado con la reproducción de obras literarias, cabe preguntarse si es posible aplicar este límite al derecho de autor a las obras plásticas.

En el ámbito doctrinario<sup>15</sup> se ha discutido acerca de la posibilidad de efectuar citas de obras de artes plásticas, puesto que debido a su naturaleza éstas no pueden ser divididas o fragmentadas, lo que determina que su reproducción sea total y no parcial, como suele suceder en las citas.

---

15. Muestra de este debate se puede apreciar en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (nota 11), pp. 610 y ss.

Desbois, respecto a la cita de este tipo de obras, señala que debido a que el derecho moral impide fragmentar una obra de arte, el término «extensión corta», característico de una cita, debe estar relacionado no a una obra de arte determinada sino en relación a la producción entera de un autor, una escuela o una época. Agrega que, en este contexto, sólo se toleraría la reproducción de un pequeño número de obras de un autor en una obra de historia del arte, a título de ejemplo, no siendo lícita, por ejemplo, la reproducción dentro de una novela o una obra de historia militar o política.<sup>16</sup>

Por su parte, Germán Bercovitz<sup>17</sup>, comentando la ley española, señala que en el caso de las obras plásticas o fotográficas y similares, siguiendo el modelo de la ley alemana, no se requiere el uso de fragmentos, dada su particular naturaleza, bastará que la inclusión sea de obras aisladas.

Por su parte, Javier Gutiérrez señala que para que alguien pueda invocar el derecho de cita, deben cumplirse los requisitos establecidos por la ley para cualquier otra cita.<sup>18</sup>

La Sala es de la opinión que no existe razón para excluir dentro del ámbito del derecho de citas a las obras de arte plástico, puesto que, al igual que las obras escritas, pueden ser objeto de análisis, comentario o crítica. En el caso de obras de artes plásticas, la Sala es de la opinión que debe permitirse, de ser necesario, la reproducción de la obra completa.

La idea es que el público centre su interés en la obra en la que se incluye la cita de la obra de arte plástica, es decir, en la parte literaria y no en las ilustraciones, las cuales deben cumplir un fin accesorio. Lo que se debe buscar básicamente es la transmisión de información y no el de disfrute estético y no ya de simple transmisión de una información, en estos casos la imagen plástica adquiere valor como fin y no ya como simple medio.<sup>19</sup>

De otro lado, conforme lo establecido por ley, sólo es posible citar obras que hayan sido lícitamente divulgadas, es decir, que haya sido lícitamente hecha accesible al público con anterioridad; de lo contrario, se estaría vulnerando el derecho moral de divulgación.

La Sala también considera pertinente precisar que la legislación nacional, a diferencia de alguna legislación extranjera, no exige que el fin perseguido con la obra donde se presenta la cita sea la docencia o la investigación, por lo que resulta válido, por ejemplo el uso de citas en los medios de comunicación, como los periódicos o revistas, siempre y cuando ello sea necesario para el fin que persiguen, y se cumplan con la demás exigencias legales.

---

16. Citado por Carmen Pérez de Ontiveros. En Manual de Propiedad Intelectual, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (nota 11), p. 611.

17. Manual de Propiedad Intelectual. Coordinador Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (nota 7), p. 102.

18. Gutiérrez Vicén, Javier. Los Límites al derecho de Autor, Boletín Informativo de VEGAP, Madrid, Diciembre 1995.

19. Bercovitz, Germán, Obras Plásticas y Derechos Patrimoniales de su Autor, Tecnos, Madrid, 1997, p. 413

La ley exige que aquél que haga uso del derecho de cita tiene la obligación de indicar el nombre del autor de la obra citada, salvo que se trate de una obra anónima, así como la fuente<sup>20</sup>, ello a fin de no vulnerar el derecho de paternidad del autor, además permitirá al lector conocer los datos de la obra de la cual fue tomada la cita y, de ser el caso, confrontarla.

A lo expuesto cabe agregar que la cita debe realizarse respetando los usos honrados. Acerca del contenido de esta noción, la Guía de Convenio de Berna señala que dicho concepto hace referencia a aquello que es normalmente admisible, a lo que corrientemente se acepta, a lo que no se opone al sentido común. Corresponderá a los tribunales apreciar, en cada caso, si se está ante un uso honrado o no, debiendo ello ser apreciado de manera objetiva. A estos efectos deberá tenerse en cuenta, por ejemplo, la dimensión del extracto tanto en relación con la obra de la que ha sido tomado, como con la obra en la que se utiliza; y, particularmente, la medida en que esta última hará disminuir la venta, circulación, etc. de la primera.<sup>21</sup>

Finalmente, la ley exige que la cita sea utilizada en la medida justificada por el fin que se persigue. La cita está permitida, conforme se indicó, en la medida necesaria para ilustrar una opinión, defender una tesis o para hacer una reseña o crítica de la obra, por lo que quedan excluidas las citas desproporcionadas a la finalidad que su exposición persigue (por ejemplo: citas intrascendentes o innecesariamente extensas).

#### 4.4 Interpretación de las limitaciones

La Sala conviene en precisar que al tratarse de limitaciones al derecho de explotación sobre las obras, conforme lo dispone el artículo 50 Decreto Legislativo 822, su interpretación es restrictiva y no podrán aplicarse a casos que sean contrarios a los usos honrados<sup>22</sup>.

### 5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta el marco legal antes descrito, corresponde determinar si las reproducciones efectuadas por la denunciada debían contar con la autorización previa y por

---

20. La indicación de la fuente debe incluir, por regla general, la edición de la obra que se ha utilizado efectivamente. En la práctica común, la referencia exacta debe aludir al autor, al título de la edición, el lugar y año de publicación, y las páginas de las que se ha tomado la cita o ilustración. En el caso de los diarios y publicaciones periódicas, deberá indicarse su título, año y fecha o número del ejemplar utilizado. Ver, Glosario de Términos elaborado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, Ginebra 1980 numeral 421.

21. Guía del Convenio de Berna (nota 2), p. 67.

22. Artículo 2 del Decreto Legislativo 822.- A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

(...)

47. Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o del titular del respectivo derecho.

escrito del titular del derecho o si se encontraban al amparo de alguna limitación al derecho de autor.

Se debe precisar que no se tomaran en cuenta las fotografías 102, 103, 114, 117, 119, 120, 121, 133, 134, 136, 171, 172, 174, 175, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 210, 211, 212, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 421, 105, 206-A, 245, 259, 338, 348, 353, 364, 381, 354, 341, 342, 352, 357, 339, 340, 343, 345, 346, 347, 349, 356, 358, 360, 394, 393, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 402, 403, 405, 407, 408, 409, 410, 420, 294, 344 y 390, puesto que los textos en las que aparecen están incompletos o ilegibles lo que no permite a esta Sala determinar si las mismas se encuentran al amparo de una limitación al derecho de autor. Tampoco serán parte del análisis las obras de Gerardo Chávez, ya que actualmente no es asociado de la denunciante.

#### **a) Reproducción de obras expuestas permanentemente en lugares públicos**

De acuerdo a lo expuesto, en el numeral 4.2 de la presente resolución, para que una reproducción pueda estar amparada por esta causal se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Se trate de una obra de arte
- Su exposición al público debe ser permanente
- La exposición debe darse en lugares públicos o abiertos al público
- La reproducción debe realizarse con un arte diverso al original

De la revisión de lo actuado, la Sala advierte que varias de las fotografías son reproducciones de obras de arte que, según lo que se indica en la revista ARKINKA, están ubicadas en museos, por lo que se puede presumir que se trata de obras expuestas permanentemente al público. Contribuye a dicha presunción el que en otras obras, para diferenciarlas de las anteriores, la denunciada señala expresamente que éstas pertenecen a colecciones privadas.

Cabe indicar que la denunciante no ha cuestionado la veracidad de lo antes señalado, ni ha presentado medios probatorios para tal fin.

Atendiendo al marco legal expuesto, estarían incluidas dentro de esta limitación las fotografías con los números: 1, 2, 6, 8, 10, 15, 17, 18, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 38, 40, 41, 45, 46, 47, 53, 98, 80, 90, 91, 92, 96, 101, 103, 104, 109, 110, 125, 126, 129, 132, 139, 148, 155, 156, 161, 152, 165, 167, 173, 178, 206, 208, 213, 215, 221, 222, 223, 224, 226, 229, 228, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 250, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 273, 283, 301, 313, 317, 316, 328, 330, 331, 332, 333, 334, 324, 355, 359, 365, 366, 369, 371, 380, 392, 392-A, 422.

#### **b) Derecho de cita**

Del análisis de las reproducciones de las obras materia de la denuncia así como de los textos en los que aparecen, la Sala concluye que en alguno casos las reproducciones efectuadas tuvieron por finalidad ilustrar o hacer más inteligibles las ideas u opiniones del autor del artículo. Cabe precisar que a efectos de considerar una reproducción dentro

de los alcances del derecho de cita, se ha considerado que no es necesario que en el texto se haga una crítica o comentario a la obra en sí misma, siendo suficiente que la reproducción sea utilizada para aclarar una idea contenida en el texto.

Debe indicarse que para ilustrar al público lector respecto a determinado tema no es necesario reproducir todas y cada una de las obras que se mencionan en el texto, incluso de manera referencial, ya que ello puede determinar un abuso del derecho de cita en perjuicio del titular del derecho de autor.

Del análisis de las reproducciones de obras así como del contexto en el cual se realizaron, se concluye que las siguientes reproducciones se efectuaron al amparo del derecho de cita: 1, 3, 4, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 32, 35, 36, 39, 40, 42, 43, 44, 48, 50, 51, 54, 55, 62, 64, 66, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 93, 94, 95, 97, 99, 100, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 115, 116, 118, 122, 123, 124, 127, 128, 130, 131, 135, 137, 138, 138-A, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 153, 154, 157, 158, 160, 162, 163, 164, 176, 177, 180, 186, 195, 201, 207, 209, 214, 216, 217, 218, 225, 227, 230, 231, 232, 238, 239, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 261, 263, 270, 271, 272, 274, 274-A, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 303, 304, 305, 307, 307, 308, 309, 310, 312, 314, 318, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 329, 335, 336, 337, 350, 351, 361, 367, 368, 370, 387, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 423, 424, 425, 426, 427.

Cabe agregar que la empresa denunciada cumplió con consignar la información exigida por la ley – nombre de la obra, autor, año y lugar de exposición –.

### c) Conclusión

Las reproducciones de obras que no se encuentran dentro de algunas de las limitaciones antes mencionadas requerían la autorización previa y por escrito del titular del derecho de autor. La denunciada no ha demostrado contar la dicha autorización.

En ese sentido, la Sala determina que ha quedado acreditado que Arkinka S.A. ha infringido la Ley de Derechos de Autor al haber reproducido y distribuido copias de obras de artes plásticas sin contar con la autorización del titular del derecho o de la sociedad de gestión colectiva que lo representa.

## 6. REMUNERACIONES DEVENGADAS

El artículo 193° del Decreto Legislativo 822, prescribe lo siguiente: *«De ser el caso, sin perjuicio de la aplicación de la multa. La autoridad impondrá a infractor, el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente».*

De la misma manera, el artículo 194° de la Ley, establece que el monto de las remuneraciones devengadas será establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber autorizado su explotación, sin que el pago de dichas remuneraciones suponga la adquisición de los derechos por parte del infractor.

En ese orden de ideas, la Sala considera que debe encontrarse una base de cálculo lo más objetiva posible para la fijación de estos derechos estimando pertinente advertir que no se deban solicitar y aplicar por estos conceptos montos arbitrarios que no se sustenten en hechos objetivos, puesto que nuestra legislación no acepta el abuso del derecho<sup>23</sup>.

A efectos de fijar las remuneraciones devengadas, la Sala utilizará la tarifa establecida en el Tarifario de la Asociación Peruana de Artistas Visuales - APSAV<sup>24</sup> para este tipo de explotación (alquiler para reproducción y distribución en prensa).

De acuerdo al mencionado tarifario, el monto será fijado en atención al tamaño de la foto (formato), el tipo de presentación (color o blanco y negro) y el tiraje de la publicación.

FORMATO	TIRADA							
	Inf. A 10 000		10 001 / 40 000		40 001 / 100 000		100 001 / 200 000	
	B/N	Color	B/N	Color	B/N	Color	B/N	Color
Microformato	US\$ 18.00	US\$ 32.00	US\$ 22.00	US\$ 42.00	US\$ 22.00	US\$ 45.00	US\$ 26.00	US\$ 57.00
¼ o Inf.	US\$ 31.00	US\$ 65.00	US\$ 43.00	US\$ 95.00	US\$ 46.00	US\$ 130.00	US\$ 55.00	US\$ 155.00
½ o Inf.	US\$ 44.00	US\$ 85.00	US\$ 59.00	US\$ 121.00	US\$ 75.00	US\$ 167.00	US\$ 103.00	US\$ 171.00
¾ o Inf.	US\$ 55.00	US\$ 96.00	US\$ 71.00	US\$ 139.00	US\$ 89.00	US\$ 167.00	US\$ 116.00	US\$ 203.00
Pág. Entera	US\$ 76.00	US\$ 111.00	US\$ 88.00	US\$ 161.00	US\$ 104.00	US\$ 195.00	US\$ 142.00	US\$ 258.00
Doble Página	US\$ 122.00	US\$ 177.22	US\$ 143.00	US\$ 255.00	US\$ 166.00	US\$ 313.00	US\$ 228.00	US\$ 414.00
Portada	US\$ 153.00	US\$ 221.00	US\$ 179.00	US\$ 319.00	US\$ 209.00	US\$ 390.00	US\$ 284.00	US\$ 527.00
Contraportada	US\$ 101.00	US\$ 148.00	US\$ 119.00	US\$ 194.00	US\$ 139.00	US\$ 361.00	US\$ 189.00	US\$ 345.00

De la revisión del expediente, se aprecia que la denunciada ha señalado que su revista tiene un tiraje de 3000 ejemplares, lo cual no ha sido cuestionado por la denunciante. En atención a lo anterior, y lo establecido en el tarifario de APSAV, las remuneraciones devengadas a pagar serían las siguientes:

23. Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.- La Ley no ampara el ejercicio ni la omisión de un derecho.

24. Publicado en el Diario Oficial El Peruano, en la sección Boletín Oficial, el 13 de diciembre de 1999.

## JURISPRUDENCIA

Fotos	AUTOR	COLOR	FORMATO	VALOR TOTAL US\$
5	Constantino Brancusi	Color	¼ pág. o inferior	65
166, 169, 170.	René Magritte	Color	¼ pág o inf.	195,00
168	René Magritte	Color	½ pág o inf.	85,00
269	Robert Rauschenberg	Color	½ pág o inf.	85,00
315	Robert Rauschenberg	Color	¼ pág	65,00
311	Alexander Calder	B/N	1 página	76,00
314.	Alexander Calder	B/N	¼ pág o inf.	31,00
336	Alexander Calder	Color	¼ pág o inf.	65,00
378, 379, 381, 382, 383, 385, 386, 391.	Roberto Matta	Colores	½ pág o inf.	680,00
362, 363, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 384, 388, 389	Roberto Matta	Color	¼ pág o inf.	715,00
400, 404	Eduardo Chillida	Color	¼ pág o inf.	130,00

En consecuencia, Arkinka S.A. deberá cancelar por concepto de remuneraciones devengadas la suma de US\$ 2 192,00.

## 7. DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

Las sanciones previstas por la Ley de Derechos de Autor tienen por objetivo penalizar al infractor por la violación de los derechos de autor y resarcir al titular del provecho ilícito obtenido por el infractor. Es necesario entonces analizar cada una de las sanciones impuestas por la Primera Instancia para determinar la que corresponde al hecho sancionado.

### 7.1 Sanción

Las sanciones previstas por la Ley de Derechos de Autor tienen por objeto penalizar al infractor por la violación de los derechos de autor y resarcir al titular del provecho ilícito obtenido por el infractor. Es necesario entonces analizar cada una de las sanciones impuestas por la Primera Instancia para determinar la que corresponde al hecho sancionado.

Por su naturaleza la multa es la pena pecuniaria impuesta al denunciado por haber infringido la ley de Derechos de Autor. A la Autoridad Administrativa le corresponde no sólo tutelar estos derechos y, a través de ello, cautelar el acervo cultural del país, sino también difundir la importancia y el respeto de los derechos de autor para el progreso económico, tecnológico y cultural de nuestra sociedad.

Con la imposición de la multa se busca directa e indirectamente cumplir con estos objetivos.

La Sala estima que la sanción debe ser impuesta tomando en cuenta en primer lugar el provecho ilícito obtenido por el denunciado al realizar el acto infractorio. Asimismo para determinar la sanción a imponerse debe tenerse en cuenta el fin disuasivo de la misma, la conducta procesal del denunciado y la gravedad de la falta.

De la revisión del expediente, la Sala ha podido apreciar que:

- Si bien ha quedado acreditada la comisión de la infracción por parte de la denunciada, la Sala es de la opinión que su conducta se sustentó en considerar que las reproducciones que efectuó se encontraban al amparo de las limitaciones al derecho de autor señaladas en la ley.

- La protección, alcance y respeto de los derechos que representan la Asociación de Artistas Visuales - APSAV en el Perú aún no se encuentran debidamente difundidos, mas aun si se tiene en consideración que se trata de una sociedad de gestión colectiva que tiene pocos años en el mercado.

- A través de su conducta la denunciada no ha pretendido obtener lucro directo, puesto que no se ha acreditado que el público adquiriera la revista por las obras que en ella se reproducen. Al tratarse de una revista especializada en temas de arquitectura, diseño y construcción es razonable presumir que el público compre la revista por los temas que se tratan en la misma.

Por las consideraciones expuestas, se determina que no es posible catalogar la infracción cometida como grave. En consecuencia, no se presentan las circunstancias necesarias para imponer la sanción de multa, por lo que corresponde amonestar a Arkinka S.A. por la infracción cometida.

## 7.2 Publicación de la Resolución

La denunciante ha solicitado como sanción la publicación de la resolución a costa del infractor y en su recurso de contestación a la apelación han criticado la ausencia de argumentos de la Oficina de Derechos de Autor al denegar su pedido.

El artículo 192 del Decreto Legislativo 822, establece que *La autoridad podrá ordenar de oficio o a solicitud de parte, la publicación de la resolución pertinente, en el Diario Oficial «El Peruano», por una sola vez, a expensas del infractor.*

Dicha sanción resulta de aplicación discrecional para la autoridad administrativa, la misma que deberá evaluar la conveniencia de aplicarla al caso concreto, en atención a la actitud asumida por el emplazado, el provecho ilícito obtenido, entre otras consideraciones.

La Sala considera que, en el presente caso, teniendo en cuenta que la denunciada no obró con animo de obtener un lucro directo a través de su actividad, la cual se sustentó en un desconocimiento sobre el alcance de protección de los derechos de autor de los artistas visuales, no corresponde ordenar la publicación de la resolución por parte del infractor.

### 7.3 Costos y costas del procedimiento

El artículo 7 del Decreto Legislativo 807<sup>25</sup> establece que en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI.

De acuerdo al criterio establecido en la Resolución N° 135-2000/TPI-INDECOPI del 26 de enero del 2000<sup>26</sup>, la Sala considera que la facultad de ordenar el pago de costas y costos no debería encontrarse relacionada con los costos que irroga a las empresas perjudicadas la comisión de una infracción, sino que más bien debería estar relacionada con la razonabilidad o no de que la materia controvertida sea discutida y resuelta dentro de un procedimiento administrativo.

En este orden de ideas, al momento de evaluar si corresponde ordenar el pago de las costas y costos del proceso al infractor, se debe tomar en cuenta, en primer lugar, la gravedad de la infracción. A manera de ejemplo, podría suceder que la infracción cometida fuese tan flagrante, que pudiera considerarse evidente para quien la comete que será objeto de una denuncia ante algún órgano funcional del INDECOPI. De darse este supuesto, queda claro que quien llevó a cabo el acto es consciente de que su conducta puede dar origen al inicio de un procedimiento, que va a demandar costos para el denunciante o para la propia Administración. Este supuesto, a criterio de la Sala, justificaría ordenar que el infractor asuma el pago de costas y costos del proceso.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta la conducta procesal demostrada por el infractor a lo largo del procedimiento. En este sentido, una conducta renuente u obstruccionista por parte del infractor ante la autoridad administrativa podría complicar y elevar los costos del proceso, lo que justificaría que se le condene al pago de costas y costos del mismo. Mientras que, por el contrario, una voluntad conciliadora y una conducta procesal idónea del emplazado podrían evitar que a éste se le condene al pago de las costas y costos del proceso.

- 
25. Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.
26. Recaída en el expediente N° 280-98/ODA-AI relativo a la denuncia por infracción sobre derechos de autor interpuesta por Alicia Soledad Gómez Valdez contra Javier Luna Elías, Instituto Peruano de Administración de Empresas - IPAE y Banco J. P. Morgan por haber utilizado la obra musical *CANCION DE LA SIRENA DE HUACACHINA* y la obra teatral *ESCFENIFICACIÓN DE LA SIRENA DE HUACACHINA Y DE LA FIESTA DE ICA DE ANTAÑO*.

En el presente caso, se debe tener en cuenta a criterio de esta Sala que Arkinka S.A. no actuó de mala fe al reproducir obras de arte plástico en la revista ARKINKA, ya que, debido a la poca difusión sobre los derechos de autor en este tipo de obras, asumió que su conducta estaba amparada en el derecho de información.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la empresa denunciada, quien ha mostrado una voluntad conciliadora y una conducta procesal idónea a lo largo del presente procedimiento.

Por las consideraciones anteriores, se advierte que no se configuran los supuestos necesarios para imponer a la emplazada el pago de las costas y costos incurridos por la denunciante en el presente procedimiento, puesto que de lo actuado se advierte que la misma actuó de buena fe.

#### IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

CONFIRMAR en parte la Resolución N° 243-2001/ODA-INDECOPI de fecha 25 de octubre del 2001 y, en consecuencia:

Primero.- Declarar fundada la denuncia interpuesta por Asociación de Artistas Visuales - APSAV contra Arkinka S.A.

Segundo.- FIJAR por concepto de derechos de autor devengados la suma de US\$ 2 192,00, que la denunciada deberá cancelar a favor de la Asociación Peruana de Artistas Audiovisuales – APSAV.

Tercero.- AMONESTAR a Arkinka S.A. por la comisión de los actos materia de la presente denuncia.

Cuarto.- REVOCAR la sanción de publicación de la resolución sancionadora por parte de Arkinka S.A.

Quinto.- Ordenar la inscripción de la presente resolución en el registro de infractores.

Con la intervención de los vocales: Luis Alonso García Muñoz-Nájar, Begoña Venero Aguirre, Dante Mendoza Antonioli y Tomás Unger Golsztyn.

LUIS ALONSO GARCÍA MUÑOZ-NÁJAR  
Presidente de la Sala de Propiedad Intelectual

/fn